

DEPÓSITO BANCÁRIO EM CADERNETA DE POUPANÇA – NÃO-INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – QUESTÃO DA LEGITIMIDADE PARA A PROPOSITURA DE AÇÃO COLETIVA

Athos Gusmão Carneiro

“Os investidores de capital nas instituições de poupança, segundo a melhor doutrina, não podem ser tratados, perante o agente captador da poupança, como consumidores”

Discute-se, em nível de doutrina, se o contrato bancário de depósito em caderneta de poupança pode ser juridicamente qualificado como *relação de consumo* e, assim, sujeito às normas do Código de Defesa do Consumidor.

Questiona-se, outrossim, se as associações civis de defesa do consumidor terão legitimidade para a propositura de demanda coletiva buscando interferir no cumprimento de tais contratos.

Vejamos:

1. Pelo Código de Defesa do Consumidor, *consideram-se “serviços” também aqueles de natureza bancária, financeira ou creditícia, desde que fornecidos no mercado de consumo e mediante remuneração.*

Quais serão tais serviços? Como distingui-los das “operações bancárias” propriamente ditas?

Podemos, *v.g.*, considerar como simples “serviços bancários” a cobrança de títulos entregues ao banco especificamente para essa finalidade, o aluguel de cofres para guarda de valores, a cobrança de contas de água ou luz (serviço prestado tanto ao cliente como ao respectivo fornecedor), a cobrança de impostos e taxas, os serviços de câmbio de moedas, os serviços de custódia remunerada de valores e títulos (quer apenas para guardá-los como também para sua administração, sob remuneração). Muitos destes serviços, aliás, podem ser e vêm sendo realizados por instituições não bancárias, tais como as agências de correios em

vários países, casas de câmbio, agências lotéricas, estabelecimentos de guarda de bens, etc.

Como referem RODIÈRE e RIVES-LANGE, “o banco, ainda recentemente mercador de dinheiro, tornou-se prestador de serviços. Como tal, ele assegura a manutenção do serviço financeiro e participa, mais ou menos ativamente, do cumprimento de ‘operações financeiras’” (*apud* NELSON ABRÃO, *Direito Bancário*. 5ª ed., Saraiva, nº 102).

2. Alguns autores atribuem maior extensão ao conceito de “relação de consumo”, fazendo com que venha a abranger as “operações bancárias” que tenham a finalidade de permitir o *imediato* consumo de algum bem ou serviço pela pessoa que recebeu o crédito, assim convertida em “destinatário final”: contratos de “crédito direto ao consumidor”, contratos de cartão de crédito e de “cheque especial”, em que o *fornecedor* seria o estabelecimento bancário e *consumidor* a pessoa que recebe o dinheiro “equiparando-se a um destinatário final” (NELSON NERY JÚNIOR, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Ed. Forense Universitária, 1991, p. 305; JOSÉ CRETELLA JR., *Comentários ao Código do Consumidor*. Ed. Forense, 1992, p. 16).

Esta orientação foi, de certa forma, prestigiada por recente decisão do eg. Superior Tribunal de Justiça, no REsp 218.505, relator o em. Ministro BARROS MONTEIRO (J. 16.09.1999, Informativo STJ, nº 32): determinada empresa propôs ação declaratória contra instituição bancária, arguindo a nulidade, face ao CDC, de cláusulas de um contrato de abertura de crédito; e a 4ª Turma desconheceu o recurso, sob o fundamento de que a empresa recorrente não havia utilizado o capital mutuado como “destinatária final” mas sim para impulsionar sua atividade comercial, restando destarte não caracterizada como “consumidora”, ante a inexistência de “relação de consumo” à luz dos arts. 2º e 3º, § 2º do CDC.

O próprio Prof. NEWTON DE LUCCA, que com veemência propugna pela aplicabilidade do CDC às operações bancárias, em palestra proferida em Salvador (aos 30.07.1998, em *Semana de Altos Estudos* promovida pela Escola Nacional da Magistratura), alude a que “se o banco realiza contratos com *partes que não poderão ser consideradas consumidores*, a sua disciplina jurídica *não será afetada pela legislação consumerista*”. Assim, segundo a teoria “finalista”, que a ele parece a mais adequada, não é atingido pelo CDC o desconto de duplicatas para obtenção, pela empresa, de capital de giro necessário à produção ou consumo intermédio.

O empresário, pois, só será tutelado pelo CDC quando se apresentar como “destinatário final” dos “serviços” (aqui conceituados *lato sensu*) prestados pela instituição bancária.

3. *E o contrato de depósito bancário? Poderá, quiçá, pelo menos em certas circunstâncias, ser qualificado como “atividade de consumo”, de molde a subsumir-se na incidência das regras do CDC?*

Na definição de ARNALDO RIZZARDO, pelo *contrato de depósito* “o interessado ou depositante entrega somas em dinheiro ao banco, o qual, na qualidade de depositário, se obriga a devolver o valor correspondente ao depositante, na mesma espécie, tão logo for exigido, com ou sem acréscimo de correção monetária, conforme ficar estipulado” (*Contratos*. Ed. Aide, v. I e II, 1988, p. 1.371). E reporta-se ao conceito de

TRABUCCHI: “*Il deposito de denaro fa sorgere nella banca l'obbligo di restituire il 'tantundem' alla scadenza del termine convenuto (deposito vincolato), ovvero 'ad nutum' del depositante con la sola osservanza degli eventuali periodi di preavviso (deposito libero)*” (Istituzioni di Diritto Civile. CEDAM, 1985, 29ª ed., p. 808).

Cuida-se de operação bancária passiva, pois o banco assume a posição de *devedor*, e é contrato de natureza *real* porque

“...se aperfeiçoa mediante a tradição da soma pecuniária ao banco. A *tradição*, no caso, é perfeita, pois a entrega do dinheiro tem duplo efeito, de aperfeiçoar o contrato e de transferir o domínio da importância depositada para o Banco (...) ao contrário dos contratos bilaterais, que engendram obrigações contrapostas e recíprocas, o depósito bancário impõe obrigações apenas para o Banco, que já no momento da contratação assume a posição de *devedor*” (SÉRGIO CARLOS COVELLO, *Contratos Bancários*. Ed. Saraiva, 1981, pp. 70/71).

É uma restituição por equivalência – o *tantundem* – e não *in idem corpus*: “para com o cliente o Banco responde como se fora devedor de certa importância pecuniária” (ob. cit., p. 77).

4. O depósito bancário pode ser *à vista*, suscetível de ser retirado, no todo ou em parte, a qualquer momento. Pode ser *a prazo*, sob as condições estipuladas no contrato de adesão apresentado pelo banco ao cliente. Pode ser *em caderneta de poupança*, sistema de captação estimulado pelo governo.

O Prof. ORLANDO GOMES, com suma precisão, alude a que, nos contratos de depósito bancário, a instituição financeira *adquire* a quantia depositada:

“Não a recebe para guardá-la. Aceitando-a, não está a prestar serviço ao depositante, como ocorre no depósito regular. Depositando, o *cliente empresta ao banco*, em última análise, a soma depositada. O depósito bancário não se confunde com a custódia, que é depósito regular. Nesta, o depositante não perde a propriedade da coisa depositada. Naquele, torna-se *simples credor do banco*” (*Contratos*. Ed. Forense, 1981, nº 261, p. 384) (grifamos).

5. Consoante magistério de LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEAES, “os serviços oriundos das atividades bancárias, financeiras, creditícias e securitárias, que são objeto da proteção da lei em foco, são, assim, exclusivamente, aqueles que são prestados no específico *campo do mercado de consumo de bens e serviços*, não se estendendo aos outros segmentos do processo econômico onde essas atividades são desenvolvidas” (cadernos IBCB, nº 22, p. 79).

PAULO BROSSARD DE SOUZA PINTO, em *parecer* apresentado sobre o tema, ensinou ser “forçoso reconhecer que as operações bancárias não dizem respeito ao consumo, nem são consumidores os que celebram com os bancos operações bancárias, sendo desse modo personagens estranhas à lei de defesa do consumidor (...) Aplicar a lei de defesa do consumidor a quem celebra contratos bancários soaria tão estranho como a aplicação do Código Penal a crianças porque os menores impúberes não podem infringir suas normas; o Código de Defesa do Consumidor não tem aplicação aos agentes de operações bancárias porque estas não cuidam do consumo e não envolvem consumidores”.

6. Temos, portanto, que o banco dispõe do numerário depositado, que passou à sua propriedade. Mas dele igualmente dispõe o cliente-depositante, que pode retirá-lo quando quiser (salvas as peculiaridades do contrato a prazo fixo). Mestre PONTES DE MIRANDA sublinhou a dupla disponibilidade do banco e de depositante, ao afirmar que “A disponibilidade pelo depositante coexiste com a disponibilidade pelo banco, mas passa-lhe à frente quando o depositante o entenda” (*Tratado de Direito Privado*. Tomo XLII, Borsoi, p. 4665.3, *apud* ARNOLDO WALD, *Obrigações e Contratos*. Ed. RT, 13ª ed., nº 228.2, p. 525).

As cadernetas de poupança são, pois, um depósito bancário com a peculiaridade de “terem seus critérios de remuneração fixados pelas autoridades monetárias, sem que estejam sujeitos ao arbítrio dos contratantes. O direito à remuneração e à correção monetária existe em data determinada. Os tribunais reconhecem que o depositante tem direito adquirido ao regime legal fixado na data do depósito, que se renova mensalmente” (A. WALD, *ob. cit.*, nº 228.4, p. 526).

Como está em *parecer* de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, os investidores de capital nas instituições de poupança, segundo a melhor doutrina, não podem ser tratados, perante o agente captador da poupança, como *consumidores*. Tanto isso é verdade – ressalta JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO – “que recente Lei, a de nº 7.913, de 07.12.1989, previu ações específicas de ressarcimento a investidores, prevendo a Lei nº 6.024, de 13.03.1974, medidas acautelatórias quando se tratar de liquidação extrajudicial de instituições de crédito”.

Diante do exposto, pode-se sustentar, com tranquilidade, que o contrato de depósito bancário, inclusive aquele em caderneta de poupança, não é suscetível de ser caracterizado como “relação de consumo”.

7. Não será demasia, neste passo, tecer breve comentário a respeito do aresto proferido pela eg. 2ª Câmara do 1º TACSP, J. 14.08.1996, na Apelação nº 630.329. Nele se afirmou que a caderneta de poupança caracterizaria *relação de consumo* porque os bancos “se esmeram na propaganda e concessão de facilidades para captação de haveres financeiros”, *verbis*:

“A CP constitui-se em serviço posto à disposição do consumidor pelos bancos. É serviço remunerado, pois da utilização dos ativos tomados do poupar os bancos tiram a sua remuneração. Aliás, difícil imaginar que o sistema financeiro privado oferecesse aquele tipo de aplicação, mediante agressiva publicidade, de forma gratuita.”

Como vemos, eis típico caso de “raciocínio às avessas”...

Afinal, se quem presta o invocado “serviço” é o banco, conforme expressamente afirmado no acórdão, teremos *o banco como o “fornecedor” do serviço, e o depositante como o “consumidor”*. Logo, o consumidor do serviço é que estaria obrigado a remunerar o fornecedor, e não o contrário!

O aresto confunde e associa, lamentavelmente, o típico *contrato de depósito bancário*, no qual o banco remunera o cliente pela transferência da titularidade do dinheiro e pela conseqüente faculdade de utilizá-lo, *com os contratos que o banco, como titular da pe-*

cúnia em depósito, firma com terceiros, a estes oferecendo financiamentos e, aqui sim, cobrando remuneração aos mutuários.

8. São, todavia, situações bem diversas, jurídica e economicamente inconfundíveis: no contrato de *depósito em poupança*, como em outras modalidades de depósito bancário, o banco remunera o depositante; no *financiamento*, a instituição financeira cobra juros dos mutuários.

O poupador, como foi dito, “não remunera o serviço, e sim é remunerado com juros pelo uso dos seus recursos” (*parecer*, NÓBREGA e LOYOLA).

Inteira razão assiste, pois, ao ilustre Juiz Titular da 10ª Vara Cível-Foro Central, da comarca de São Paulo, Dr. MARCO FÁBIO MORSELLO, ao acentuar, em *sentença de improcedência de ACP* movida pelo IDEC – Instituto de Defesa do Consumidor – contra a Cia. Real de Crédito Imobiliário S.A.:

“...que a remuneração do banco não provém da relação jurídica com o poupador, mas do repasse do dinheiro captado aos tomadores de empréstimos (mutuários), que são os destinatários finais da atividade remunerada de serviço, adentrando no conceito de consumidor (...) o lucro auferido pelo banco decorre do *spread*, qual seja da diferença entre a taxa paga ao poupador e a taxa cobrada, posteriormente, pelo repasse do que foi captado ao mutuário, o que é incompatível com a assertiva da remuneração indireta?”

9. De outra parte, é certo que “consumo” e “poupança” são conceitos antagônicos. A doutrina estrangeira adota o entendimento de que “*Les règles réservées aux consommateurs, ne seront pas étendues aux épargnants*” (JEAN CALAIS – AULOY, *Droit de la Consommation*, 3ª ed., Dalloz, Paris, 3ª ed., 1992; THIERRY BOURGOIGNIE, *Éléments pour une Théorie du Droit de la Consommation*, Bruxelles, 1988, p. 292).

Na lição de JEAN CALAIS-AULOY, “*il faut certainement pas assimiler, en droit, les épargnants aux consommateurs. Certaines règles sont faites pour les premiers; personne ne songe à les étendre aux seconds. Symétriquement, d'autres règles sont réservées aux consommateurs: elles ne sauraient pas étendues aux épargnants*” (ob. cit., p. 9).

10. No Brasil, mestre GALENO LACERDA, em *parecer* sobre a matéria ora questionada, teve oportunidade de sublinhar que:

“Se, no contrato de depósito bancário, o Banco-depositário é devedor, e o cliente-depositante é credor, claro está que nele não se pode entrever uma relação de consumo, na qual, como é notório, o cliente-consumidor figura como devedor, e o fornecedor do bem de consumo, como credor. Aliás, esbarraria do bom senso a solução oposta, já que consumo e depósito são, por definição, *antônimos*. Repelem-se por natureza e essência. Consumir o depósito tipifica, até, crime de depositário infiel. E consumir ‘serviço’ de depósito violenta, sem dúvida, o senso comum.”

E, mais adiante, o renomado jurista sustenta que na relação jurídica de depósito “não se vislumbra relação de consumo, nem de bens nem de serviços, e sim, simplesmente, cumprimento pelo Banco-devedor das obrigações impostas por lei e pelo Banco Central em prol do depositante-credor”.

11. Quando a “prestação de serviços” é realizada a *título não oneroso*, a relação não será uma relação de consumo, mas sim uma relação de direito civil ou comercial, não abrindo azo à incidência das normas do CDC, as quais foram elaboradas com o propósito precípuo de proteger o consumidor, normalmente hipossuficiente.

Os depositantes em *caderneta de poupança* (como igualmente nos demais tipos de depósitos bancários) não têm qualquer despesa quer na abertura da conta-poupança, quer durante o prazo em que a conta permanece aberta; bem ao inverso, recebem do banco a correção monetária prevista para esse período acrescida dos juros de 0,5% ao mês: não se cuida, portanto, de “serviço fornecido no mercado de consumo, mediante remuneração”, porquanto, como já sobejamente exposto, *o depositante não consome, não gasta o seu dinheiro, mas sim o poupa; não se beneficia de um serviço prestado pelo banco, mas sim firma com este um típico contrato bancário; não remunera o banco pelo serviço prestado, mas sim recebe rendimentos pagos pela instituição bancária.*

12. Vale, neste passo, anotar a afirmativa da ilustre Prof^a CLÁUDIA LIMA MARQUES (em *parecer* oferecido ao IDEC – Instituto de Defesa do Consumidor) no sentido de que, no pluralismo das leis atuais (estariamos vivendo uma era de descodificação?), “o CDC representa um microsistema tutelar de um grupo específico de pessoas, definidas como tais na própria lei, os *consumidores*, considerados vulneráveis na nova realidade contratual e de complexa divisão dos riscos atuais (art. 4º, I, do CDC)”.

Podemos, outrossim, concordar, em tese, com o asserto da ilustre professora da UFRGS de que “toda vez que as atividades bancárias invadirem o campo de aplicação *ratione personae* do CDC, ambas as normas”, o CDC e as leis relativas ao mercado de capitais, aplicar-se-ão. Assim, “toda vez que as instituições financeiras ou bancos *contratarem com consumidores*, submetem-se, igualmente, ao sistema do CDC, apesar de sua legislação especial” (grifamos).

Aqui o *punctum pruriens*: “contratarem com consumidores”. Voltamos, pois, à questão básica: *poderemos conceituar o depositante-poupador como um consumidor?* Ou, como já foi sobejamente exposto, “poupança” e “consumo” são conceitos que juridicamente e economicamente antagonizam-se, são reciprocamente excludentes?

13. Não será desarrazoado o asserto de CLÁUDIA MARQUES, de que o crédito direto ao consumidor deva estar sujeito às normas do CDC. Afirma ela, outrossim, que “quem diz mais, diz menos, e se o CDC inclui os ‘serviços’ bancários, inclui todas as atividades, fazeres e operações típicas e atípicas bancárias, em abstrato” (*parecer*, p. 15); neste passo, todavia, afigura-se de difícil acolhimento a proposta de generalização da incidência das normas do CDC a praticamente todas as operações bancárias, sob os questionáveis argumentos de que nelas sempre estariam inseridos “serviços” prestados aos depositantes e, ainda, de que aos contratos de depósito sucedem-se, através do tempo, outras “operações contratuais cativas”, criando-se assim uma “convivência necessária” entre a empresa fornecedora dos “serviços” (o banco) e os “consumidores” (os clientes dos bancos).

Consumidores e poupadores, por certo, apresentam geralmente um traço comum: “Uns e outros são leigos que contratam com profissionais. Uns e outros merecem, por isso, proteção especial. *Não se pode, porém, assimilar as duas categorias para identificá-las. Cada uma delas há de ser protegida por normas especiais próprias e pelas regras de direito comum,*

não se estendendo, como já dito acima, as regras que têm por destinatária uma categoria à outra” (MARCO ANTÔNIO ZANELATO, *parecer in* Revista de Direito Bancário, 4/245).

14. Também parece inconsistente o asseverar que as cadernetas de poupança propiciam aos bancos uma “remuneração indireta”, tão importante que os bancos abstêm-se de exigir dos poupadores qualquer “taxa de manutenção” das respectivas cadernetas.

Vamos por partes. A pessoa que deposita seu dinheiro em CP visa dois objetivos maiores: de uma parte, busca a *guarda* do dinheiro, como elementar medida de segurança nos dias atuais; de outra parte, busca *garantir-se contra a inflação* mediante a correção monetária e, igualmente, *auferir os juros reais* de 0,5% ao mês. No entanto, o banco realmente *não guarda* o dinheiro, mas sim, pela própria estrutura do contrato de depósito bancário, dele adquire a propriedade, tornando-se “devedor” daquela importância ao depositante; e exatamente por isso, como compensação pela disponibilidade da pecúnia, é que assegura e garante ao seu “credor”, o depositante, a manutenção do valor real do depósito e o rendimento efetivo de 6% ao ano.

O depositante torna-se credor do banco; o banco seu devedor. O depositante, o poupador, nada paga à instituição bancária em decorrência do contrato de depósito.

15. É óbvio que o banco, para manter sua estrutura funcional e para haver lucros (como comerciante que é), por sua vez emprega o numerário de que dispõe (substancial percentagem é recolhida compulsoriamente ao Banco Central) em operações bancárias ativas, financiando clientes e auferindo lucros do *spread*, da diferença entre os rendimentos pagos aos depositantes e aplicadores, e os rendimentos auferidos de seus mutuários e financiados.

Mas não é possível, de forma alguma, pretender que os lucros auferidos nas operações de financiamento sejam consideradas como “remuneração” paga indiretamente pelos depositantes...

CLÁUDIA MARQUES, aliás, reconhece que “a poupança privada apresenta dificuldades em sua caracterização como contrato de consumo”, já que o contrato “em si mesmo pode ser visto como um contrato visando simples investimento”. Sustenta, todavia, que a importância prática do contrato de poupança, sua caracterização como contrato de adesão suscetível de portar cláusulas de “alto grau de abusividade”, com a possibilidade de medidas governamentais afetarem as justas expectativas dos poupadores, todas essas circunstâncias indicariam a conveniência em impor a tal contrato “um regime equiparado ao contrato típico de consumo, visando proteger a parte vulnerável, o consumidor (pouco importando a sua fortuna) e impor certos riscos profissionais indisponíveis às instituições que captam a poupança popular no mercado” (*Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, p. 145).

E invoca, ao ensejo, a norma do art. 29 do CDC, inserido no Cap. *Das Práticas Comerciais*, pela qual “Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”.

16. Todavia, esta norma não implica, e nem poderia mesmo implicar, uma como que “subsunção total” de todos os contratos às regras do CDC, que deixaria de ser um

microsistema destinado a reger determinados tipos de contratos e de contratantes, porque mercedores de especial tutela jurídica, para tornar-se um novo *Código das Obrigações* adicional ao sistema do Código Civil!

O Prof. ANTÔNIO HERMAN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN, um dos autores do Anteprojeto que deu origem ao CDC, fixa os limites da aludida norma de equiparação: destina-se a proteger aquelas pessoas que, *abstratamente*, estariam sujeitas a eventual prejuízo decorrente de uma nociva prática comercial ocorrente em *relação de consumo*, ainda que esta relação ainda não se haja concretizado. Cuida-se de um “ataque preventivo a tais comportamentos. Uma vez que se prove que, mais cedo ou mais tarde, os consumidores sofreriam a exposição, aí está materializada a necessidade da cautela” (*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 2ª ed., Ed. Forense Universitária, 1992, p. 117).

Em suma, segundo o autorizado mestre, “o implementador – aí se incluindo o juiz e o Ministério Público – não deve esperar o exaurimento da relação de consumo para, só então, atuar”. Ao fim e ao cabo, trata o art. 29 do CDC de um *controle preventivo*, tendo em vista relações de consumo que poderão ocorrer. Mas, sempre e sempre, na expectativa de uma futura *relação de consumo*, não de uma relação de outra natureza.

17. Em interessante *parecer*, MAILSON DA NÓBREGA e GUSTAVO LOYOLA recordam lição de KEYNES, em uma de suas obras fundamentais, de que “É sempre agradável descobrir um ponto fixo em meio ao turbilhão de acepções divergentes das palavras. Segundo eu entendo, todos concordam em que *poupança* significa o excedente do rendimento sobre os gastos do consumidor”.

Assim, *poupar e consumir são atos diametralmente opostos e mutuamente excludentes*: o consumo é a negação da poupança e vice-versa; a *decisão de consumir implica automaticamente decisão de não poupar*. O poupador pode ter diversos objetivos: pode poupar hoje para poder consumir no futuro, próximo ou longínquo, ou ainda para deixar essa expectativa de consumo para seus herdeiros ou eventuais legatários.

De qualquer forma, no tempo presente *não estará havendo consumo algum!*

18. É também evidente que as instituições de crédito propiciam oportunidade a que a poupança de uma pessoa permita o consumo *por parte de outra pessoa*. Teremos, destarte, como bem expõem NOBREGA e LOYOLA, *três atos distintos*, que se não confundem nem no plano jurídico e nem no plano econômico:

- a) a decisão de poupar, adotada pela pessoa A;
- b) a decisão de efetuar determinada despesa, ou seja, de consumir, adotada pela pessoa B;
- c) o empréstimo, por um intermediário financeiro, ao indivíduo B, de quantia proveniente da poupança efetivada por A e por outros poupadores.

Assim, e novamente nos reportamos a esse parecer, ao contrário de apresentar-se como “consumidor”, o indivíduo A “torna-se um fornecedor de recursos”. A sua poupança irá permitir que *outros* efetuem atos de consumo. *Outros, não ele*. Assim, ao invés de remunerar, ele poupador é que irá ser remunerado pela instituição financeira: “o fato de a poupança se encontrar no pólo oposto ao do consumo tem como expressão econômica o

sentido em que ocorre a remuneração do indivíduo: como consumidor, ele paga; como poupador, ele recebe”.

19. As cadernetas de poupança no Brasil, como as “*caja de ahorros*” da Espanha, as “*caixas de depósito*” em Portugal, as “*aisses d'épargne*” da França, os “*deposito di risparmio*” italianos, constituem formas de intermediação para aproximar os dois agentes normalmente separados no mercado: o *poupador*, que tem excesso de recursos e deseja dar-lhes aplicação proveitosa, e o *tomador de recursos*, que deles necessita para efetivar gastos de investimento ou de consumo.

Nem o mais denodado esforço dialético logrará, data venia, qualificar como relação de consumo o ato de depositar o dinheiro em instituição bancária, exatamente porque, vale repetir novamente, poupar é exatamente deixar de consumir.

No alusivo à legitimidade *ad causam* para a propositura de ação coletiva, entendemos de todo relevante a perquisição sobre a legitimidade das “associações civis de defesa dos consumidores” para o ajuizamento de demandas com o propósito de interferir em cláusulas de contrato de *depósito bancário em caderneta de poupança*.

A Lei nº 8.078/ 90 – Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 82, arrola quais as entidades legitimadas, concorrentemente, a assumir a defesa em juízo, a título coletivo, dos interesses e direitos dos *consumidores*, *verbis*:

“Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I – o Ministério Público;

II – a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III – as entidades e órgãos da administração pública, direta e indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código;

IV – as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código, dispensada a autorização assemblear.”

Já no art. 83, prevê o CDC o emprego, para a defesa dos direitos e interesses dos consumidores, de “todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”.

20. A legitimação para a causa consiste na coincidência entre a pessoa do autor e a pessoa a quem, *em tese*, a lei atribui a titularidade da pretensão deduzida em juízo, e a coincidência entre a pessoa do réu e a pessoa contra quem, *em tese*, pode ser oposta tal pretensão.

Na afirmação de SÉRGIO BERMUDEZ, “quando a lei não definir, suficientemente, o titular da situação legitimante, a legitimidade, então, se configura na simples coincidência entre a situação jurídica afirmada (apenas afirmada) pelo autor, ao propor a ação, e o esquema de proteção traçado pela lei” (*Introdução ao Processo Civil*. Forense, 1995, p. 49).

Ações existem, sublinhou ARRUDA ALVIM, “para as quais é necessária certa e determinada qualificação jurídica”: somente o locador é parte legítima para ajuizar ação de despejo, e deverá promovê-la contra quem se apresenta como seu inquilino.

Com frequência, a lei já identifica a pessoa que pode deduzir *determinado pedido*: só o cônjuge pode postular a separação; só o proprietário pode reivindicar; só o marido “podia” (hoje o tema tornou-se controverso – REsp 6.035, STJ, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo) contestar a legitimidade dos filhos nascidos de sua mulher, e assim por diante (ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, *Intervenção de Terceiros*. 10ª ed., Ed. Saraiva, pp. 26-27).

21. Embora afirmada e reafirmada a autonomia da relação jurídica processual, não é possível relegar ao oblívio a *natureza instrumental do processo*, voltado à composição (*rectius*, à eliminação) das lides, mediante a aplicação de regras de *direito material*.

Faz pleno sentido, destarte, somente reconhecer legitimação *ad causam* àqueles que *em tese* possam ser titulares da relação de direito material *deduzida*. A legitimação para a causa é, pois, um dos mais relevantes *pontos de conexão* entre o direito material e o direito processual. Esta, a legitimação *ordinária*.

Já na *legitimação extraordinária*, alguém é autorizado a sustentar em juízo, *como parte*, um direito cuja titularidade o autor afirma pertencer a outrem. CHIOVENDA denominou tal situação de *substituição processual*. Normalmente, escreveu o mestre italiano, as posições de parte são assumidas pela “própria pessoa que se afirma titular da relação deduzida em juízo. Mas, excepcionalmente assume-as pessoa que não se afirma e apresenta como titular da relação substancial em litígio” (*Instituições*, trad. port., Saraiva, v. II, nº 223) e, nestes casos, a sentença proferida na demanda faz coisa julgada *também perante o substituído*.

Pela sistemática do CPC, excepcionais eram os casos de legitimação extraordinária, eis que, nos termos do art. 6º, “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”. A doutrina arrolava limitados exemplos, alguns já caídos em desuso, como o do marido em defesa dos bens dotais da mulher, ou o do capitão do navio pedindo o arresto da carga para garantir o pagamento do frete.

22. A situação, no entanto, mudou radicalmente com o advento das *ações coletivas*, transindividuais, próprias a uma defesa eficiente dos interesses de toda uma coletividade, tanto interesses difusos como os coletivos e os individuais homogêneos, tendo em vista a necessidade de o processo adequar-se “à nova realidade sócio-econômica que estamos vivendo, marcada profundamente pela economia de massa” (KAZUO WATANABE, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 2ª ed., Ed. Forense Universitária, 1992, p. 495).

Já observara ADA PELLEGRINI GRINOVER, aliás mui anteriormente ao advento do CDC, que a tutela jurisdicional dos interesses difusos e, diremos nós, também dos interesses coletivos, “exige uma superação do modelo tradicional do processo, com a adoção de novas técnicas que permitam a proteção adequada de interesses metaindividuais” (*O Processo em sua Unidade – II*. Ed. Forense, 1984, p. 97). Referiu a ilustre processualista, com remissão a CAPPELLETTI, ser necessário “superar os esquemas de um ‘garantismo’ processual de marca meramente individualista, para substituí-lo por um ‘garantismo social’ ou ‘coletivo’, que também sirva como salvaguarda de novos gru-

pos intermediários, aos quais há de assegurar-se o acesso à justiça para a tutela de seus interesses” (id., p. 103).

Aliás, o advento das ações coletivas, com a ampliação dos casos de *substituição processual*, importou necessariamente em radicais transformações de alguns institutos básicos do direito adjetivo, tais como o da coisa julgada e seus limites subjetivos.

23. Interessante aditar que a tese de que a legitimação das entidades autorizadas a ajuizar ações coletivas será uma *legitimação extraordinária*, esta tese não se apresenta como tranqüila. ADA PELLEGRINI GRINOVER compartilha da opinião, “com moderna tendência doutrinária”, de que seria *ordinária* a legitimação das entidades que agem “na defesa de interesses institucionais”, reportando-se a VINCENZO VIGORITI, BARBOSA MOREIRA e KAZUO WATANABE; seria mister, pois, apurar caso a caso “se a entidade age na defesa de seus interesses institucionais – proteção ao ambiente, aos consumidores, aos contribuintes por exemplo –, e neste caso a legitimação seria *ordinária*; ou se atua no interesse de alguns de seus filiados, membros ou associados, que não seja comum a todos, nem esteja compreendido em seus objetivos institucionais: neste caso, sim, haveria uma verdadeira *substituição processual*” (artigo na coletânea *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*. Ed. Saraiva, 1991, p. 286).

24. A vigente Constituição conferiu embasamento sólido à legitimação das entidades associativas, ao dispor que:

“Art. 5º.

XXI – As entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial e extrajudicialmente.”

CELSO RIBEIRO BASTOS, após observar que a norma do inc. XXI retrata “a generalização de uma tendência encontrável setorialmente, em campos, portanto, isolados de nosso direito” (e de mencionar os precedentes, em direito comparado, da *relator action* do direito inglês e das *class actions* do direito norte-americano), sustenta que a autorização “pode advir tanto da lei, nos casos excepcionais em que se admite a associação por via de lei, quanto dos próprios estatutos sociais”; e afirma que tal autorização deve ser consentânea com as *finalidades sociais* da entidade, a qual não poderá constituir-se em uma “procuradora universal” de seus associados (*Comentários à Constituição do Brasil*. Ed. Saraiva, v. II, 1989, pp. 110-115).

A questão atinente à necessidade, ou à forma da “autorização” para a *representação* dos filiados, ou para a *substituição processual* dos integrantes de uma categoria ou grupo, tem sido objeto de dissonantes manifestações em sede doutrinária e jurisprudencial.

25. Um ponto, todavia, parece ser certo: a atuação da entidade, máxime em juízo, não poderá ser incompatível com seus fins estatutários ou legalmente estabelecidos. Como bem ensinou o saudoso e eminente processualista AGRÍCOLA BARBI, “não vejo razão para que uma associação ou entidade criada com determinadas finalidades e para defesa de interesses de seus membros ou associados passe a atuar com finalidades não previstas em seus estatutos e para defender pessoas estranhas aos seus quadros” (*Do Mandado de Segurança*. 6ª ed., Ed. Forense, nº 283).

Em se cuidando, todavia, da legitimação das associações para o ajuizamento da ação civil pública, *a questão resultou desde logo resolvida pela própria lei*, ante a expressa previsão de que a entidade deva *incluir* “entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código”, com a dispensa, outrossim, da manifestação dos associados em assembléia: “dispensada a autorização assemblear”.

Portanto, “para os fins de defesa dos interesses e direitos dos consumidores, a autorização está ínsita na própria razão de ser das associações, enunciada nos respectivos atos constitutivos. Vale dizer, estão elas permanentemente autorizadas, desde a sua constituição, a agir em juízo *desde que seja esse seu fim institucional*” (GRINOVER, ob. cit., p. 513; no mesmo sentido ARRUDA ALVIM, ob. cit., p. 387).

Nos exatos termos do CDC, apresenta-se portanto fundamental *perquirir as finalidades institucionais* da associação autora da demanda, finalidades que fixam e delimitam seu âmbito de atuação em juízo.

Destarte, o ajuizamento de ação civil pública em defesa de *poupadores*, sendo inexistente a “relação de consumo” consoante detidamente exposto, excederá manifestamente os limites de sua *legitimatío ad causam*, definida nos estatutos e revelada na própria denominação da entidade.

26. Postas estas premissas, há que concluir que as *associações civis de defesa dos consumidores*, referidas na Consulta, tais como o IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, estão em princípio legitimadas para o ajuizamento de ações coletivas na tutela de direitos e legítimos interesses de *consumidores*.

Não lhes é dado, no entanto, exercer o direito de ação em representação ou substituição processual de integrantes de *outras comunidades de interesses*, como, *v.g.*, os *contribuintes* ou os *poupadores*, que consumidores não são.

27. O tema da *legitimatío ad causam* – principalmente no alusivo ao Ministério Público –, tem sido objeto, em seus vários aspectos, de decisões do Pretório Excelso e do Superior Tribunal de Justiça, este como nossa mais alta Corte no âmbito infraconstitucional.

No julgamento do REsp 97.455, a eg. 1ª Turma do STJ, Relator o em. Min. DEMÓCRITO REINALDO, sendo recorrido o IDEC – Instituto Brasileiro de Proteção ao Consumidor, pôs o *discrimen* entre o “consumidor” e o *contribuinte do empréstimo compulsório* sobre o consumo de gasolina e álcool, declarando que este “dispõe de uma gama de ações para a defesa de seus direitos, quando se lhe exige imposto ilegal ou inconstitucional”; além disso, o aresto refere que quando a Lei nº 7.347/85 remete ao Código de Defesa do Consumidor, “pretende explicitar que os interesses individuais homogêneos só se inserem na defesa de proteção da ação civil, quanto aos prejuízos decorrentes da *relação de consumo* entre aqueles e os respectivos consumidores. Vale dizer: não é qualquer interesse ou direito individual que repousa sob a égide da ação coletiva, mas só aquele que tenha *vinculação direta com o consumidor*, porque é a proteção deste o objetivo maior da legislação pertinente. Recurso provido, sem discrepância” (J. 10.12.1996, RSTJ 95/93) (grifamos).

O colendo Supremo Tribunal Federal, por v. aresto de 23.08.1998, no RE 195.056, Relator o em. Min. CARLOS MÁRIO VELLOSO, negou a legitimidade do Ministério Público para impugnar a aplicação de lei municipal tributária, porquanto o direito do *contribuinte* ao não-pagamento de um tributo e o seu direito à restituição do in-

devidamente pago “não se identificam com interesses sociais”; este voto foi acompanhado pelo em. Min. MAURÍCIO CORRÊA sob diverso fundamento, o de que a expressão “outros interesses difusos ou coletivos” é indefinida e, assim, “depende de lei que venha a definir o seu alcance, dentro dos limites traçados pela Constituição” (*in* Revista de Direito Bancário, nº 3/169-175 e nº 4/189-193).

28. A ilegitimidade do Ministério Público para incoar demanda coletiva em favor de *contribuinte* foi reiterada pelo Superior Tribunal de Justiça, eg. 2ª Turma, em data recentíssima, nos REsps 134.744 e 139.471, dos quais foi Relator o em. Min. PEÇANHA MARTINS, Ac. de 19.08.1999, do primeiro deles constando que “O Ministério Público não tem legitimidade para manifestar ação civil pública com o objetivo de impedir a cobrança de tributo, assumindo a defesa do contribuinte. Contribuinte e consumidor não se equivalem; o Ministério Público está legalmente autorizado a promover a defesa dos direitos do consumidor, mas não do contribuinte” (DJU de 11.10.1999, p. 59).

Ainda o eg. Superior Tribunal de Justiça, pela mesma eg. 2ª Turma, REsp 106.993, Relator o em. Min. ARI PARGENDLER, com o asserto de que “a ação civil pública não pode ser utilizada para evitar o pagamento de tributos, porque, nesse caso, funcionaria como verdadeira ação direta de inconstitucionalidade; ademais, o beneficiário não seria o consumidor, e sim o contribuinte – categorias afins, mas distintas” (J. 24.03.1998, publ. DJU 13.04.1998). *Idem*, mesmo relator, no REsp 103.007, DJU 16.11.1998.

29. Interessante, outrossim, a decisão da eg. 1ª Turma do STJ no REsp 57.465, em cuja ementa é afirmado que o Ministério Público não é parte legítima para promover a ACP em defesa do *contribuinte* do IPTU, “que não se equipara ao *consumidor*, na expressão da legislação pertinente, desde que não adquire, nem utiliza produto ou serviço como ‘destinatário final’ e não intervém, por isso mesmo, em qualquer relação de consumo”; e é expressamente consignado, na aludida ementa e no voto do relator, em. Min. DEMÓCRITO REINALDO, que “a lei de regência, todavia, somente tutela os ‘direitos individuais homogêneos’, através de ação coletiva de iniciativa do Ministério Público, quando os seus titulares sofrem danos na condição de *consumidores*” (J. 01.06.1995, DJU 19.06.1995) (grifamos). Este órgão colegiado, no REsp 202.643, J. 04.05.1999, Rel. o em. Min. GARCIA VIEIRA, reiterou que o Ministério Público “não tem legitimidade para promover a ação civil pública na defesa de contribuintes do IPTU, que não são considerados *consumidores*” (DJU 21.06.1999, p. 93).

A legitimidade do *parquet* foi igualmente repelida no REsp 91.604, eg. 1ª Turma do STJ, em tema relativo à sistemática de custeio do *vale-transporte* para os usuários de determinada linha de ônibus, sendo firmado que “a defesa de um grupo, formador de estamento social definido, não se enquadra no âmbito da ação civil pública e, para tanto, não tem legitimidade o Ministério Público” (Ac. de 12.03.1998, Rel. em. Min. José Delgado, *in* DJU 15.06.1998).

30. Assim também a eg. Corte Especial do STJ, Rel. o em. Min. NILSON NAVES e igualmente em tema relativo ao *vale-transporte*, constando da ementa que “o Ministério Público não tem legitimidade, em casos que tais”, para promover a ação civil pública, rejeitada então, a nível de Embargos de Divergência, o confronto com decisões concernentes a mensalidades escolares (ED-REsp 91.604, Ac. de 02.06.1999, DJU 28.06.1999, p. 41).

Igualmente repelida a possibilidade de o MP ajuizar ação coletiva em defesa das *vítimas* de um desmoração de terras (REsp 59.164, 1ª Turma, Rel. em. Min. César Rocha, J. 29.03.1995, DJU 08.05.1995), por se cuidar de “interesses individuais plúrimos”; no mesmo sentido, a eg. 1ª Turma no REsp 32.182, não admitindo a ACP para agir no interesse de *mutuários do SFH* (J. 09.11.1994, Rel. em. Min. Milton Luiz Pereira, DJU 05.12.1994).

A eg. 2ª Turma, Ac. de 04.05.1999, Rel. o em. Min. ALDIR PASSARINHO JR., disse no AgRg-AI 218.070 (DJU 31.05.1999, p. 138) que a ACP é “via imprópria para afastar a *cobrança de ICMS* sobre o fornecimento de água, não sendo substitutivo do meio processual adequado, qual seja, a ação de inconstitucionalidade”.

31. A eg. 4ª Turma do STJ, de sua vez, ao apreciar o REsp 34.155, Relator o em. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO, reconheceu legitimidade ao Ministério Público para promover ação civil pública acerca da fixação e cobrança de *mensalidades escolares* (J. 14.10.1996, RSTJ 90/232); e assim também no REsp 38.176, Relator o em. Min. Ruy Rosado). Nestes casos, como aliás constou de voto do em. Min. CARLOS VELLOSO no Pretório Excelso, RE 163.231, “cuida-se de tema ligado à educação, amparada constitucionalmente como dever do Estado e obrigação de todos (CF, art. 205)” e, portanto, o bem objeto da tutela “se insere na órbita dos interesses coletivos”.

Recentíssimamente, por Ac. de 18.05.1999, no julgamento do REsp 177.965, sendo Relator o em. Min. RUY ROSADO, a eg. 4ª Turma do STJ afirmou a legitimidade do MP para promover ação coletiva referente ao reajuste de prestações de *plano de saúde*, nos termos do art. 82, I, do CDC, ante a existência de interesses individuais homogêneos e o “interesse social compatível com a finalidade da instituição”.

Em todos estes últimos casos, é de ressaltar a existência da figura do “consumidor” e a prestação *remunerada* de *serviços de ensino* e de *serviços de saúde*.

32. Concluímos, portanto, *sub censura*, que o contrato bancário de depósito em caderneta de poupança não dá origem a uma “relação de consumo”. Cuida-se de típica “operação bancária”, alheia ao âmbito de incidência do Código de Defesa do Consumidor, e que se rege pela legislação concernente ao mercado de capitais e pelas normas regulamentares legalmente editadas pelo Conselho Monetário Nacional, sujeita naturalmente ao controle do Poder Judiciário na medida em que o são os demais contratos comerciais ou civis.

De outra parte, as associações civis de defesa do consumidor não estão legalmente legitimadas, consoante aliás o art. 82, IV, da Lei nº 8.078/90, a agir em juízo em defesa do “poupador”, que consumidor não é, mesmo porque poupar e consumir são conceitos antagônicos: quem poupa é porque se absteve de consumir; quem consome, não estará poupando.

Athos Gusmão
Carneiro

Ministro aposentado do
STJ e Advogado.